LA DECISIÓN JUDICIAL

Polifonía de fuentes normativas en el siglo XXI

Por: ANTONIO BOHÓRQUEZ ORDUZ[1]

Resumen

Los jueces de la actualidad se hallan enfrentados a una multiplicidad de fuentes tal, que no pocas veces dan la sensación de moverse frente a un verdadero caos. Pero no se trata de un retorno al Medievo; si bien la función judicial hoy se cumple bajo esa polifonía de fuentes, también ocurre bajo la premisa de la constitucionalización del Derecho y la mira puesta en valores tales como la dignidad humana, el derecho a la vida y los derechos fundamentales, imbricado todo en un complejo proceso de racionabilidad.

Palabras clave

Decisión judicial. Fuentes del Derecho. Constitucionalización del Derecho.

Abstract

Judges today are faced with a multitude of sources such that often give the impression of moving against chaos. But this is not a return to the Middle Ages, but today the judicial function is fulfilled under the polyphony of sources, also occurs under the premise of the constitutionalization of law and an eye on such values as human dignity, the right to life and fundamental rights, all interwoven in a complex process of reasonableness.

Keywords

Judges' decisions. Sources of law. Constitutionalization of law.

[1] Ponencia del Congreso Internacional de Filosofía del Derecho y Argumentación, Bogotá, Universidad Libre, 2009.

Introducción

Antes de exponer las ideas que siguen, el autor expresa sus agradecimientos a la Universidad Libre por la invitación y anuncia que esta intervención no contiene otra cosa que las modestas reflexiones de un juez en torno del tema que concita a los partícipes en este importante Congreso.

El estudio del derecho, a lo largo de la historia, en gran parte se ha hecho en torno de las decisiones de los jueces, pues estas piezas constituyen, aunque no la única, sí una de las más importantes manifestaciones de lo que el derecho es.

Hoy nadie se llama a duda acerca del papel trascendente que los pronunciamientos de los administradores de justicia tienen para cada comunidad, no tanto como instrumento de soluciones particulares, sino mucho más allá, como fuente de enunciados que trascienden a la vida institucional de una Nación.

Invito a hacer un rápido recorrido por el pensamiento jurídico más relevante en la historia del Derecho, con la advertencia de que no se trata de una narración lineal, sino, por el contrario, de una llena de altibajos, avances y retrocesos, logros y glorias, pero también de horas oscuras y vergonzosas, todo lo cual ha tenido alguna influencia en lo que hoy reconocemos como el Derecho de este siglo.

Derecho romano y decisión judicial

El Derecho que conoce la cultura occidental tuvo su origen, en un alto grado, en el derecho que en Roma se desarrolló en una larga época que va desde el siglo V a.C., hasta la era de Justiniano en el Imperio Romano de Oriente, en el siglo VI de nuestra era. El derecho romano post justinianeo, en el mismo imperio bizantino, como en los reinos europeos de la baja edad media en los que algunos vestigios de tal cultura sobrevivieron, no tiene para la historia del derecho la misma trascendencia. Desde luego que hubo expresiones del

derecho en otras culturas anteriores y posteriores, sin relación alguna con el derecho romano, pero ninguna ha tenido tan marcada influencia en el nuestro como el derecho romano[2], incluso en asuntos en los cuales nuestro sistema no ha seguido al romano, como el de la organización judicial.

La Ley de las Doce Tablas (promulgada en el comienzo de la era reseñada y destruida durante la invasión de los Galos hacia el año 390, pero eternamente recordada por los romanos) y otras leyes especiales como la *Lex Aquilia* (sobre responsabilidad por daños), la *Lex Cincia* (sobre donaciones) y la *Lex Falcidia* (sobre legados) y otras de similar talante, era una especie de textos más bien escasa. El jurista romano, fuere el pretor, el magistrado, o el jurisconsulto, actuaba con un sentido altamente pragmático. Las fórmulas que sugerían los jurisconsultos o que adoptaban los pretores para resolver los casos, se acumularon con los años, las décadas y los siglos para formar un patrimonio cultural que vino a constituir más bien como un instrumento en la búsqueda de soluciones a un caso que como un sistema de principios y reglas de obligatoria aplicación[3]. Si bien los juristas de la revolución liberal del siglo XIX se inspiraron en la obra justinianea, en realidad los volúmenes que recopiló Triboniano por orden de Justiniano, el Grande, Emperador de Bizancio, no eran códigos en el sentido actual. Fue Napoleón quien otorgó carácter vinculante para los jueces a una recopilación de reglas, muchas de ellas provenientes de ese derecho romano no reglado.

En el derecho romano antiguo, la jurisprudencia era labor de los pontífices (sacerdote que presidía los ritos religiosos). En la época del derecho romano clásico, cuando el Derecho alcanza su máximo apogeo, el pretor romano oía los conceptos de los jurisconsultos, pero tales opiniones no le eran vinculantes, ni constituían una fuente obligatoria de derecho escrito. Finalmente, la etapa postclásica, la más conocida en nuestros días y que se identifica con la gran obra de Justiniano[4], fue más que codificadora, compiladora.

---

[2] ATIENZA, Manuel. *Introducción al derecho*. México: Editorial Distribuciones Fontamara, S. A., 1998.

[3] PETIT, Eugène, *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Novena edición. Buenos Aires: Abogados Asociados, 1910, pp. 42 ss.

[4] PETIT, op. cit., p. 44.

Visto aquél sistema jurídico desde nuestro tiempo, resalta el sentido altamente pragmático con el que se desempeñaban los juristas de la época, preocupados de resolver cada caso concreto. De modo que ni construyeron conjuntos de reglas obligatorias, ni tampoco, propiamente, un sistema de principios que permitiese abordar casos nuevos que se presentasen en lo sucesivo.

Si bien sus reglas y sentencias repercuten en los siglos hasta nuestros días, lo cierto es que ni siquiera se trató de una recopilación sistematizada. Más bien, a medida que los jurisconsultos sugerían soluciones o que los pretores adoptaban reglas para resolver los casos, las soluciones se iban acumulando para formar un patrimonio cultural que siglos más tarde vino a reconocerse como un sistema de principios y reglas pero, para los propios juristas romanos no era tan claro que lo fuere, pues las recopilaciones se usaban más como un instrumento en la búsqueda de soluciones a un caso que como norma de obligatoria aplicación[5].

El derecho romano estaba diseñado para buscar la justicia del caso concreto y hacía de cada pretor o jurisconsulto, un investigador; la creatividad era importante y el derecho estaba en permanente construcción hasta la era justinianea, con la que se acaba lo que algunos han llamado la "primera vida" del derecho romano[6]. Pero, entonces, acusaba demasiados particularismos, carecía de una estructura coherente y, si bien era posible deducir principios de sus sentencias, no era ésa su preocupación, dado su marcado pragmatismo, ajeno a las elucubraciones[7].

De manera que cuando Viehweg[8] afirma que el pensamiento matemático no estaba presente en las actividades que desarrollaba el jurista romano, pues el procedimiento que usaban para construir soluciones justicieras frente a los múltiples casos tenía más semejanza con la antigua retórica griega que con

[5] PETIT, op. cit., p. 42 ss.
[6] ZIMMERMANN, Reinhard. *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo: la tradición del derecho civil en la actualidad.* Traducción de Javier M. Rodríguez Olmos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 22.
[7] Principios, estructura y coherencia le fueron puestos al derecho romano en su "segunda vida", por glosadores y postglosadores, como veremos adelante.
[8] VIEHWEG, Theodor. Tópica y jurisprudencia. Barcelona: Gedisa, 1991, p. 71-72.

procesos mentales sistémicos, está en lo cierto y este trabajo concuerda con dicha apreciación.

Justicia en la edad media

La caída del Imperio Romano de Occidente trajo consigo la desaparición –aparente y temporal[9]- del patrimonio jurídico cultural de Roma, retomado por la cultura occidental en el siglo XII, centuria que se reconoce como determinante en la formación de la tradición cultural occidental, con la creación de las primeras universidades europeas, con el estudio y la enseñanza del derecho como un cuerpo sistemático de conocimiento, con la exploración de los textos romanos redescubiertos, en especial del *Digesto* y con el uso del método escolástico como instrumento para su análisis y su aplicación.

El redescubrimiento del derecho romano y la creación de las primeras universidades europeas, constituyeron dos acontecimientos fundamentales para la formación de la cultura occidental, particularmente de la cultura jurídica. Pero, visto el punto desde hoy, es evidente que los juristas de entonces, glosadores, primero, y luego los postglosadores, asumieron el estudio y la enseñanza del *Corpus Iuris Civilis* no como lo que era, una recopilación de las experiencias acumuladas durante siglos por los juristas romanos, sino casi como si fuese un texto sagrado, apodíctico, bajo las estructuras mentales propias de la época, en la que el método escolástico era predominante en la enseñanza y en el conocimiento y el argumento de autoridad tenía marcada aceptación. Como señala Berman, para los juristas medievales el derecho romano constituía la razón escrita y sus normas, fuente de certidumbre y verdad[10].

---

[9] La caída del Imperio Romano de Occidente implicó la destrucción física de los textos; y en el Imperio Romano de Oriente, la muerte de Justiniano significó el deterioro de la cultura romana, pues dejó de usarse el latín y, con el tiempo, el derecho justinianeo. No obstante, vestigios del derecho romano subsistieron, en occidente y en oriente, pero en versiones griegas en oriente, y en versiones latinas en occidente, pero cada vez más alejadas de los textos originales. De allí que la aparición de un antiguo manuscrito del Digesto en el siglo XI constituyó un verdadero redescubrimiento del derecho romano y un acontecimiento muy importante para la historia del Derecho. (BERMAN J., Harold. *La Formación de la tradición jurídica de occidente*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 131).

[10] BERMAN, op.cit. p. 132.

En la escuela de Bolonia se origina el Movimiento de los Glosadores, a quienes se les suele reconocer como aporte al desarrollo del Derecho universal el de las glosas o comentarios a los textos romanos, mediante los cuales se propusieron aclarar, explicar e incluso adaptar el derecho romano a la diversa sociedad medieval.

Pero Los Glosadores no se limitaron, en realidad, a escribir comentarios (*glosas interlineales y glosas marginales)* sino que elaboraron tratados y resúmenes (*notabilia y summa*), descubrieron distinciones y reglas generales (brocárdicos) y organizaron el conocimiento jurídico hasta entonces. Los glosadores pusieron especial empeño en demostrar que el sistema jurídico romano era coherente y sabio, y no simplemente un cúmulo de casos particulares, y se preocuparon, en ese orden de ideas, por encontrar siempre un sustento teórico de los textos romanos[11]. En ese sentido, asumieron un papel mucho más avanzado que el de los juristas romanos, pues plantearon cómo era posible inferir principios universales de los casos particulares, algo que no concibió nunca algún pretor o algún jurisconsulto romano, quienes estimaban que cada caso era particular. Debe recordarse que para los romanos, las opiniones de los jurisconsultos no tenían carácter vinculante.

De manera que la labor de los glosadores no fue meramente reproductiva sino también creativa por cuanto trabajaron por adaptar el derecho romano a la realidad de su siglo[12]. Y en poco tiempo se extendió por toda Europa, junto al estudio del derecho canónico de la iglesia (decretos, concilios y reglamentos) y el del nuevo derecho secular de las ciudades (decretos de los monarcas), el del derecho romano clásico mediante el análisis de casos y preguntas de aplicación práctica. De este modo, en la edad media el derecho era polifónico: el canónico, el romano y los decretos de las autoridades seculares constituían el derecho vigente[13].

---

[11] BERMAN, op. cit. p. 142.

[12] JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Escuelas de los glosadores, canonistas y postglosadores*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1996.

[13] "*En el Derecho premoderno, de formación no legislativa, sino jurisprudencial y doctrinal, no existía un sistema unitario y formalizado de fuentes positivas, sino una pluralidad de fuentes y ordenamientos procedentes de instituciones diferentes y concurrentes –el Imperio, la Iglesia, los*

A mediados del siglo XIII, como efecto de la proliferación de glosas y glosadores, sobrevino cierto desconcierto por la ausencia de claridad y certeza en la aplicación del derecho, pues cada glosador, en la práctica, interpretaba libremente el derecho y a veces de manera contradictoria, consigo o con otros, de suerte que en relación con un mismo punto podía encontrarse opiniones de diversa naturaleza. Lo que un glosador afirmaba, otro u otros lo contradecían llegándose incluso al extremo de glosar las propias glosas.

La Magna Glosa de Francesco Accursio, considerado el último glosador, llegó a ser la obra autorizada del siglo XIII y fue concebida como remedio a la enorme proliferación de glosas y glosadores y, por consiguiente, al desconcierto generado por la digresión de interpretaciones y contradicciones. Las Glosas de Accursio llegaron a tener mayor uso en los tribunales que el texto glosado.

La Escuela de los Postglosadores, también llamados Prácticos o Comentadores, a diferencia de sus antecesores, fueron más allá, pues se dieron la libertad de intentar una reelaboración del derecho de su tiempo, a partir del derecho romano. Los postglosadores entendieron que la labor jurisprudencial debía asumirse como una técnica para solucionar casos prácticos, lo que demuestra su familiaridad con la tópica como en general la tuvieron todos los jurista medievales[14]. Tal vez el más importante de los postglosadores fue Bartolo de Sassoferrato, cuya obra pasó a ser fuente del Derecho, como la de Accursio, en los casos en los que el derecho romano, el canónico o la obra de Accursio guardaban silencio[15].

Pero en la toda la Edad Media la administración de justicia no se halla separada del poder de los gobernantes de turno[16]; se concibe y se practica como la función política más importante y al gobernante se le tiene como el juez (*iudex*) supremo de la *respublica*, puesto que le está dado reservarse toda

---

príncipes, los municipios, las corporaciones- ninguna de las cuales tenía el monopolio de la producción jurídica" (Luigi FERRAJOLI, Pasado y futuro del Estado de Derecho. En: CARBONELL, Miguel (editor). Neoconstitucionalismo (s). Madrid: Trotta, 2003, p 15).

[14] VIEHWEG, op. cit., pp. 87-88.

[15] PETIT, op. cit., p. 67.

[16] JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *El renacimiento de la cultura jurídica de occidente. El derecho en el Medievo, siglos XI a XV*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana - Temis, 2004, 651 pp.

la potestad jurisdiccional que estime conveniente. Tal formulación surge de una larga tradición, ya expuesta en el siglo VII por Isidoro de Sevilla; más tarde, Juan de Salisbury, quien retrata al príncipe como «*imago aequitatis*», y también Tomás de Aquino, para quien el príncipe es ante todo un *custos iusti*, refuerzan esta tradición. La tarea principal del gobierno no consiste en la producción o creación del derecho, sino en la *iurisdictio*, en el *ius dicere*. "*Decir el derecho"* supone reconocerlo ya creado y formado y limitarse a explicitarlo o aplicarlo, mas no crearlo *ex nihilo,* que sólo puede hacerlo la divinidad[17].

El reseñado panorama pone de presente muchos de los puntos críticos de la decisión judicial en toda la Edad Media: la sensación de caos, debido no sólo a la diversidad de fuentes, sino a la ausencia de un sistema para manejarlas, la concentración del poder en los soberanos, para la administración de justicia era la función política más importante. De allí que se reservase el juzgamiento de los casos más trascendentes, así como también se arrogase la potestad de asumir la función jurisdiccional, la cual delegaba en los jueces cuando lo estimaba conveniente[18].

Justicia y racionalismo

En un mundo intelectual dominado por la razón matemática y alimentado por el espíritu revolucionario liberal francés, se entiende fácilmente que hayan hecho carrera los planteamientos montesquianos[19], que se haya consolidado el sueño liberal según el cual las leyes constituyen la más alta garantía de la libertad, que se haya identificado el Derecho con la ley y nada más que con la ley y que haya tomado fuerza el método exegético como el único posible para efectuar la labor de interpretación de la ley.

---

[17] RIVERA GARCÍA, Antonio. *Polifonía política medieval: orden, justicia y gobierno en algunos tratados castellanos.* En: Res Publica, Nº 18, 2007, pp 83-105 (http://revistas.um.es/respublica/article/viewFile/61161/58911)

[18] RIVERA GARCÍA, Antonio. Op. cit.

[19] "… los jueces de la nación …(no son) … más que la boca que profiere las palabras de la ley; e inanimados entes, que no pueden moderar la fuerza, ni el rigor de ella…". (MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, barón de la Brede y de. *Del espíritu de las leyes*. libro XI, cap VI, Madrid: Casa de Rosa, 1821, p 251).

Este método hunde sus raíces en el absolutismo, pues fue concebido en una época en que el Estado era autárquico: la voluntad de una sola persona, el soberano, el rey, el emperador, el príncipe, creaba derecho, lo ejecutaba y también dirimía conflictos con base en su propia norma. El monarca, cuya autoridad, se decía, venía de Dios, no podía equivocarse, no incurría en contradicciones, ni en incoherencias, ni en vacíos, si omitía algo, lo hacía ex profeso, y se presumía sabio en todas sus decisiones.

Contra lo que se hubiese podido esperar, las revoluciones liberales no abolieron ese criterio de interpretación de la ley; más bien lo adaptaron y lo llevaron a su esplendor. En los Estados demoliberales es ahora el legislador quien se presume sabio pues la autoridad le viene del pueblo; las omisiones que haga las hace a propósito; el legislador dicta reglas generales que todo lo subsumen, la labor del intérprete consiste en averiguar la voluntad del legislador y el juez, en el decir de Montesquieu, no era más que la boca de la ley. Por tanto, al juez no le estaba dado moverse un ápice del texto de la norma.

Las codificaciones que fueron, temprano o tarde en cada país, producto del racionalismo, significaron la terminación de la "segunda vida" del derecho romano, aunque en las primeras décadas, después de la promulgación de los códigos, el derecho romano mantuvo, de facto, su carácter de fuente, en casi toda Europa y en la misma Francia, a tal punto que incluso, se habló de una "tercera vida" del derecho romano[20]. La ruptura entre el *ius commune* y el *code civil* no fue tan abrupta como se suele creer, vista desde nuestros días. Si bien el *code* estaba orientado a conseguir uniformidad y seguridad jurídica, eliminando la caótica diversidad medieval, como abrevó en las fuentes romanas, el derecho romano pasó a ser una herramienta necesaria para interpretar las normas del nuevo código[21].

Se presumía que en las manifestaciones del legislador se expresaba la democracia a través de la llamada voluntad general, puesto que quienes producían la ley eran precisamente los elegidos por el pueblo. Y estas

[20] ZIMMERMANN, op. cit., 23.
[21] ZIMMERMANN, op. cit., 24.

personas estaban encargadas de crear unas reglas que todo lo preveían, que todo lo regulaban en diversos conjuntos normativos, entre los cuales destacaron una norma superior o norma de normas. La necesidad de un sistema previo de normas luce clara, ante los ojos de los revolucionarios liberales, como instrumento idóneo para garantizar las libertades de los asociados, bajo el supuesto de que si las personas sabían de antemano cuáles serían las reglas que se usarían a la hora de definir sus conflictos, ello les garantizaría la libertad. De ese pensamiento resulta la famosa frase del general Santander: "*las armas os han dado independencia, las leyes os darán libertad*"[22], que se puede identificar como el sueño liberal respecto de la ley. Los pueblos, tras centurias de sojuzgamiento, apreciaban la libertad como un don más valioso que cualquiera otro de los derechos del hombre.

El siglo XIX vio llegar a su apogeo al método exegético de interpretación de la ley, como y se dijo, bajo los conocidos postulados montesquianos, pero ello ocurrió bien avanzado el siglo. En el comienzo del mismo, la fuerza de la costumbre hizo que la tradición cultural romana no se erradicara de tajo, especialmente en las decisiones judiciales. Al fin y al cabo, los jueces, y en general, los juristas de entonces, habían sido formados en el *ius commune.* Pero, una vez fortalecido el movimiento codificador, el legislador pasó a ser "sabio" presunto, de manera que la labor del intérprete de la ley no fue otra que la de averiguar la voluntad del legislador, cualquiera que ella fuese, sin posibilidad de juzgarla. "*La Constitución y las leyes se cumplirán; si éstas mandan hacer el bien, el bien se hará, si el mal, el mal se hará*"[23].

Cuando en los textos de Andrés Bello, en el Código Civil nuestro, por ejemplo, encontramos normas demasiado explicativas, con ejemplos y definiciones, no es porque su autor hubiese creído que el juez no podía entenderlo, sino porque estaba muy preocupado de que la gente pudiese entenderlo, de que la norma precisamente garantizase la libertad, ya que, al decir de Rousseau, la ley es nada más, que la voluntad general, que viene siendo la suma de las

[22] Tal es el texto que aparece en el frontispicio del Palacio de Justicia de Bogotá, sede de las Altas Cortes.

[23] Palabras del General Francisco de Paula Santander, al tomar posesión del cargo de vicepresidente de la República el 7 de septiembre de 1821.

voluntades individuales; que, en últimas, protege las libertades de cada individuo[24].

Cada caso entonces, se subsume en esa voluntad general y debe tener una respuesta en la ley. De esa manera, la ley garantizaría la libertad y, a la vez, la seguridad jurídica; y aunque el resultado fuese injusto para un caso concreto, se decía, es la ley; y ella busca libertad e igualdad para todos. Se presume que toda decisión es justa porque ella está acompasada con la voluntad general, es decir, con la ley, la cual, a su vez, se presume expedida para bien del interés general, aun cuando para algunos resultase nociva. El juez, en el apotegma montesquiano ya citado, no tenía una tarea mayor que la de hacer una aplicación mecánica de la ley.

Se entiende, por entonces, que el derecho se hallaba totalmente contenido dentro de los textos legales. Los tratados de derecho civil seguían el mismo orden del Código de Napoleón y en las escuelas de derecho no se enseñaba otra cosa que el Código. Aubry, decano de la Facultad de Derecho en París, decía[25] hacia 1857: "*Toda la ley, en su espíritu, así también como en su letra, con una amplia aplicación de sus principios y el más completo desenvolvimiento de sus consecuencias que de allí resultan, pero nada más que la ley, tal ha sido la divisa de los profesores del Código Napoleón*"[26]. Esta divisa se convirtió, para la exégesis, en un verdadero aforismo: "*toda la ley y nada más que la ley*". De manera que el juez, a la hora de resolver un conflicto, no tenía más que verificar en cuál norma encajaban los hechos para reconocer la solución que la ley ofrecía.

A esta concepción del Derecho le subyacen tanto el pensamiento político de la revolución liberal como el pensamiento científico del racionalismo, expresado en un postulado: el de la completitud de la ley escrita. Así se entiende cómo

---

[24] ROUSSEAU, Jean Jacques. *El contrato social.* Madrid: Sarpe, 1983, 208 pp.

[25] La frase no se halla en sus obras. Se dice que la pronunció en un discurso en Estrasburgo, pero también se dice que la incluyó en una comunicación oficial en la que daba cuenta de la labor de la Facultad de Derecho de la que era decano en París.

[26] El texto está tomado del ensayo *Análisis crítico del método de la exégesis*, escrito por León HUSSON, profesor de la Universidad de Lyon. En: *Nouvelles études sur la pensé juridique*, Traducción de Gabriel Limodio, París, Ed.Dalloz, 1974, pp.184-196.

nace un instituto muy caro para nuestro derecho actual: el recurso de casación. Originalmente el Tribunal de Casación no era un órgano judicial, sino una dependencia del legislativo. Su labor consistía en anular las decisiones del poder judicial que hubiesen sido proferidas en contravención al texto expreso de la ley. De esa manera se garantizaba la demolición de la jurisprudencia, al compás de la norma napoleónica que prohibía a los tribunales crear reglas de carácter general[27] en sus pronunciamientos, contenida en el artículo 5 del *Code*. Sólo la persistencia de los tribunales podía lograr que el Tribunal de Casación remitiese el problema al poder legislativo, para que se pronunciase, si había un vacío, o para que indicase el sentido de la norma, si era oscura, puesto que sólo el legislador tenía la potestad de la interpretación auténtica[28]. Pero el recurso no resultaba muy práctico, pues el Parlamento fue inundado de "cuestiones particulares", con grave deterioro del principio liberal de la separación de los poderes, con lo que el mecanismo de consulta al legislativo fue finalmente abolido hacia 1837[29].

La restricción legal a la labor del juez estaba acompasada con el pregón de Robespierre: "*Esa expresión, '**jurisprudencia de los Tribunales**', en la acepción que tenía en el antiguo régimen, nada significa en el nuevo; debe borrarse de nuestro idioma*"[30]. Sin embargo, no deja de sorprender que, al mismo tiempo, se le imponga al juez el deber de fallar siempre, aun ante la insuficiencia o el vacío de la ley, so pena de incurrir en denegación de justicia[31]. De modo que la labor del juez se entendía como una meramente reproductiva pues, apoyada en procedimientos lógico-formales, garantizaría que la sentencia no fuere más que una reproducción minimizada de la ley, un silogismo en el que la premisa mayor es la ley, la menor está constituida por los hechos y la sentencia sería la conclusión. Al funcionario le basta conocer lo prescrito por el legislador para extraer la solución al caso.

---

[27] Dicha regla aún puede leerse en el Código Civil colombiano, en el artículo 17.

[28] GENY, François, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, trad. De Raimundo Saleilles, Madrid: Editorial Reus, 1925.

[29] GENY, op. cit., p 73.

[30] Citado por GENY, op. cit, pp. 73ss.

[31] El artículo 4 del Código Civil francés determina que "*el juez que rehusare fallar, so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley será perseguido como culpable de denegación de justicia*", de manera similar a como lo hace para el derecho colombiano, de allá fue tomada la regla, el artículo 48 de la Ley 153 de 1887.

Sin duda, era el principio democrático en todo su esplendor, la voluntad de los legisladores era la voluntad general y cada caso, entonces, debe hallar su lugar en esa voluntad general y debe tener una respuesta en la ley. Si el resultado fuere injusto para un caso concreto, "*dura lex, sed lex*" se sentenciaba, con la convicción de que de esa manera, si bien se sacrificaba un interés individual, no era más que en aras de un interés general.

Derecho y ley positiva expedida por el legislativo fueron conceptos equivalentes en el siglo XIX, bajo la égida del pensamiento político racionalista de la revolución liberal y del principio de la completitud de la ley escrita. Aunque la fuerza del principio democrático parecía sostén suficiente para el planteamiento, las críticas contra él arreciaron con el advenimiento del siglo XX[32]. Se trata de críticas bien fundadas, como a continuación puede apreciarse.

La primera, formulada dentro del mismo positivismo, surge al rompe de la observación del mentado silogismo. No cabe duda de que el juez al escoger una de las premisas, o ambas, ejerce una potestad y, al hacerlo, puede elegir la equivocada: o bien la norma aplicada no es la que corresponde, o bien los hechos fueron mal entendidos en la valoración probatoria. Por consiguiente, si así sucede, la conclusión necesariamente será equivocada, aunque el razonamiento formal sea correcto.

De otro lado, como no hay obra humana perfecta, la existencia de lagunas, incoherencias, contradicciones, errores o ambigüedades en la ley, está a la orden del día. Mucho más si en un mismo sistema normativo conviven, a la vez, disposiciones creadas años o siglos atrás, junto con las más recientes, todas vigentes, pero orientadas por los más disímiles intereses y pensamientos.

Ahora, aún en el supuesto de que el juez escoja bien la premisa normativa, que ésta carezca de los reproches que a una norma puedan hacerse y que el juez aprehenda bien los hechos relevantes, no hay tampoco garantía alguna de que

[32] GENY, François, Op. cit., 170 pp.

la decisión será la correcta, si se tiene en cuenta que el derecho es dinámico, no aprehensible en el tiempo por mecanismo alguno, que los propósitos de justicia que orientaron la expedición de una norma en el siglo XIX pueden haber desaparecido o variado de manera dramática, de tal suerte que ya la disposición carece del fundamento que debería sostenerla. Los intereses, los valores, los propósitos, varían entre generaciones. En el caso del derecho colombiano, tales observaciones son apabullantes, con una legislación que comprende normas del siglo XIX aún vigentes, junto a muchas otras del siglo pasado y a otras tantas expedidas luego de la Constitución Política de 1991. La probabilidad de contradicciones, incoherencias, errores, omisiones, lagunas, impropiedades, etc., es muy alta, necesariamente.

Aún más, quienes abogan por el textualismo dejan de lado que las normas, sin más, constituyen manifestaciones de lenguaje, que como tales se hallan sujetas a las dificultades que implica la interpretación de textos, que tales problemas lingüísticos a menudo revelan que las expresiones tienen connotaciones implícitas, las cuales varían con el correr de los años, los lugares y las generaciones. Y que tales dificultades lingüísticas suelen revelar falta de completitud, bien sea porque hay lagunas normativas, directamente, bien porque se revelan lagunas axiológicas. En cualquiera de tales supuestos el juez tendrá que construir su decisión, compelido por el propio sistema normativo a decidir, alejado del texto de la norma, necesariamente; y por tanto, así sea de soslayo o sobre citas pretendidamente normativas, pero forzadas, deberá crear derecho para resolver el caso

La existencia de un sistema jurídico cerrado no es más que una falacia, como también lo es el de la completitud de la ley escrita. Y en tales condiciones, que se le exija a un juez que al fallar un caso se atenga exclusivamente a la norma escrita es pedirle un imposible, o es someterle a que profiera decisiones absurdas.

Karl von Savigny y la jurisprudencia de conceptos

Esta tendencia surgió en el ámbito del pensamiento jurídico alemán, en la escuela pandectística, cuya labor central no fue otra, pero no fue menos, que la adaptación de las pandectas al derecho germánico del siglo XIX[33]. Uno de sus expositores más destacados fue SAVIGNY, pero la escuela tuvo también en PUCHTA uno de sus más importantes representantes. Esta escuela pretendió, con apoyo en la lógica formal, ordenar y representar el derecho positivo mediante un sistema de conceptos de los cuales debían inferirse consecuencias jurídicas[34].

Los conceptos están en el sistema jurídico, nadie los ha inventado, están allí para ser captados por el jurista, particularmente por el científico del derecho y por el juez. De ellos pueden deducirse nuevos conceptos y nuevas normas particulares no previstas por el ordenamiento, por lo cual el sistema jurídico no tiene lagunas. Cuando surge una situación jurídica que no encaja en las normas, siempre es posible subsumirla bajo una categoría ontológica[35]. La ciencia del derecho tiene la tarea de construir y sistematizar los conceptos, apegada a la lógica aristotélica, y, a medida que avanza, descubre nuevas aplicaciones y consecuencias válidas de ese entramado conceptual lógico y estricto.

La tarea del administrador de justicia consiste en descomponer los institutos jurídicos particulares y las normas jurídicas a ellos relativas, en sus elementos lógicos, para luego reconstruir con ellos, por combinación, tanto las normas jurídicas conocidas, como nuevos conceptos y nuevas normas jurídicas antes desconocidas y deducir, de tal universo de conceptos, la solución de cada caso concreto[36].

---

[33] SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema del derecho romano actual.* Madrid: F. Gógora y Cía., 1878, 392 pp.

[34] SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Las fuentes jurídicas y la interpretación de la ley. Los fundamentos de la ciencia jurídica.* Bogotá: Leyer, 2005, 150 pp.

[35] Idem.

[36] Ha de advertirse que estas formulaciones teóricas son anteriores a la codificación, propiamente dicha, del derecho civil, que se da en Alemania con el BGB de 1900.

Fue Savigny[37] quien ideó, en pleno siglo XIX, antes de que en Alemania fuese codificado el ordenamiento civil, los métodos de interpretación de la ley (gramatical, histórico, lógico y sistemático)[38], que luego fueran aplicados en el mundo precisamente para la intelección de las normas plasmadas en los códigos, no obstante haber sido Savigny un acérrimo enemigo de la codificación.

La crisis del racionalismo

Ihering y la jurisprudencia de intereses

La crítica al formalismo conceptual toma fortaleza en el derecho alemán con Rudolf Ihering. En una primera época fue destacado partidario de la jurisprudencia de conceptos, pero abjuró de esta doctrina para, en una segunda etapa, arremeter con fuertes críticas contra ella. Ihering cuestionó el excesivo culto al logicismo cuando pretendió encasillar la vida en los conceptos y asimiló el Derecho a las matemáticas. Si el jurista quiere alcanzar un conocimiento apropiado del derecho, plantea, es preciso que indague por los factores y motivos prácticos que incidieron en el proceso de formación de las normas jurídicas.

No existe una norma jurídica que no deba su origen a un fin o a un motivo práctico. El fin y el interés son elementos esenciales del derecho sin los cuales éste no puede entenderse ni operar. De allí que la norma jurídica ha de asumirse siempre en función de una realidad social a la cual sirve. Ihering abogó[39] por encontrar la necesaria armonía entre los intereses individuales y los sociales y porque, cuando ello no sea posible, el derecho tenga la función de oficiar como mediador entre aquéllos y éstos.

---

[37] SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Las fuentes jurídicas y la interpretación de la ley. Los fundamentos de la ciencia jurídica.* Bogotá: Leyer, 2005, 150 pp.

[38] SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodología Jurídica*. Traducción de J.J. Santa-Pinter. Buenos Aires: Ediciones de Palma, 1979.

[39] IHERING, Rudolph von. *La lucha por el Derecho.* Bogotá: Temis, 2000, 112.

De Ihering tomó Heck su fórmula de una ciencia práctica del Derecho[40], cuyo objetivo habría de ser el de ofrecer al juez soluciones útiles para la resolución de los casos cotidianos, en especial si son difíciles o han sido resueltos de manera errónea en el pasado. Los jueces, se plantea desde esta óptica teórica sorprendente para el momento en el que fue formulada (al final del siglo XIX, antes, también, del BGB), tienen como función la de resolver los casos que les presentan los litigantes, con la mira puesta en las necesidades de la vida y el equilibrio entre los diversos intereses. Pero éste propósito definitivamente no se logra por medio de una operación lógica de subsunción del caso en el concepto jurídico, como había propuesto la jurisprudencia de conceptos, expresión del formalismo jurídico alemán de esa centuria, sino mediante el conocimiento de los intereses enfrentados.

No ha de dejarse de mencionar que, de acuerdo con esta tendencia del derecho alemán, la pandectística, el juez está obligado a obedecer al derecho positivo y, por tanto, su misión es la de resolver conflictos de intereses del mismo modo en que lo previó el legislador, cuando éste se ha pronunciado. Pero, al tiempo, esta corriente reconoce que las leyes son incompletas, o contradictorias y, a veces, inapropiadas para solucionar los casos que la realidad social hace surgir. De allí que sostenga que la labor del juez no ha de limitarse a una simple operación formal de subsunción, pues en ocasiones deberá construir nuevas reglas jurídicas, para dar respuesta a los conflictos, ante las insuficiencias de la ley positiva.

El derrumbamiento de la jurisprudencia mecánica

El postulado de la completitud de la ley escrita y la concepción del Derecho como equivalente a la ley escrita, domina todo el siglo XIX, especialmente por la influencia de los civilistas franceses. Pero este concepto funcional del derecho se enfrenta a variadas y enormes dificultades. De una parte, es evidente que el ordenamiento tiene lagunas, que muchos casos no han podido

[40] HECK, Philipp. *El problema de la creación del derecho.* Traducción de Manuel Entenza. Barcelona: Ariel , 1961, 109 p.

ser previstos por el legislador por la sencilla razón de que, para entonces, la situación no se daba; o bien que, como el ordenamiento jurídico se va produciendo a medida que pasan los años, por diversos autores, con diversas orientaciones, intereses y filosofías, no cabe duda de que entre las distintas normas que lo componen pueden surgir varias y graves contradicciones, lo cual implica, necesariamente, la existencia de unas reglas que permitan saber qué normas prevalecen sobre otras, o cómo resolver los conflictos hermenéuticos. Este tipo de normas fue creado, pero no siempre soluciona el problema. Y como si lo anterior fuera poco, a ello se suman los problemas de lenguaje, el legislador, muchas veces, se expresa en términos ambivalentes o con conceptos gaseosos e indefinidos, creando singulares problemas de interpretación, aún en aquéllos casos en que la ley aparece clara. El apotegma de don Andrés Bello, según el cual, "*cuando el sentido de la ley sea claro"*, no debe buscarse su espíritu, resulta, frente a ciertos casos, enormemente inútil.

Las reglas citadas atrás del Código Civil napoleónico[41], miradas de cierto modo y con ojos actuales, lucen como contradictorias, de uso imposible de manera simultánea: al tiempo que el artículo 5 le prohíbe crear reglas de alcance general, al resolver los casos, el artículo 4 pontifica que el juez no puede rehusar fallar so pretexto de oscuridad o insuficiencia de la ley. Las dos normas obligan a presumir que el sistema de reglas escritas es completo, sin lagunas, coherente, sin antinomias y sin ambigüedades[42], presunción que, en abstracto, suena admisible, pero que en la práctica resulta de imposible aplicación, pues la premisa de la completitud del conjunto normativo es falsa.

Como puede verse, una aplicación estrictamente mecánica de la ley puede conducir a muchos errores, puesto que, al contrario de lo que se cree, el legislador omite muchas cosas por desconocimiento, deja otras sin claridad, amén que incurre en graves contradicciones, muchas más a medida que pasa el tiempo y los redactores de las normas actúan guiados por las más disímiles filosofías, o impulsados por los más diversos intereses. Y si a ello se añaden las dificultades del lenguaje, como que en muchos casos, por usar locuciones

[41] FRANCIA. *Code Civil des Français Bicentenaire 1804 2004.* Édition présentée par Jean-Denis Bredin, de l'Académie française. Paris: Dalloz, 2004, 579 pp.
[42] PERELMAN, Chaïm. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Traducción de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1993. p. 40.

cotidianas el legislador incurre en imprecisiones difíciles de solucionar, el panorama es aún más desalentador.

El buen juez Paul Magnaud

La jurisprudencia mecánica recibió sus primeros golpes no de un teórico sino de un práctico: Paul Magnaud, presidente del Tribunal de Château Thierry, quien, en los estertores del siglo XIX y primeros años del siglo XX, profirió sentencias memorables y controversiales en las cuales no tuvo empacho en apartarse de los textos legales y resolver sus casos según su propia concepción de equidad o de justicia[43].

Contra la letra del Código, Magnaud se atrevió a absolver a muchos procesados por el crimen de "*mendicidad"* cuando era evidente que graves circunstancias sociales habían llevado al infractor a incurrir en la conducta[44]. Absolvió el hurto famélico en el célebre caso de Luisa Ménard, quien había robado un pan en la panadería de su sobrino para dar de comer a sus hijos[45]. Sus críticos se quejaron de que no juzgaba a los procesados sino a la sociedad de entonces, pero, por sus virtudes, por su amor a la humanidad y su firmeza en sus decisiones pasó a la historia como el "buen juez Magnaud". .

El método de Francois Geny

Aunque se ha afirmado[46] que Geny se inspiró en Magnaud, no parece así. Al decir de Perelman, Geny veía a Magnaud más como una caricatura de su teoría, que como un modelo serio de la misma y en la segunda edición de su obra incluye fuertes críticas contra Magnaud[47] a quien reprocha excesivo

---

[43] LEYRET, Henry. *Las sentencias del Buen Juez Magnaud*. Bogotá: Temis, 1990, 299 pp.

[44] LEYRET, op. cit., pp. 29, 43 y 53.

[45] LEYRET, op. cit., p. 11.

[46] LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana.* Bogotá: Legis Uniandes, 2004, p. 257.

[47] PERELMAN, op. cit., pp. 98-99.

subjetivismo. Como apunta Zaffaroni[48], las sentencias de Magnaud no son muy técnicas y no tienen el fundamento teórico que Geny plantea luego en una forma muy elaborada.

Geny arremete contra la exégesis, que él denomina "*el fetichismo de la ley*", y sostiene que el Derecho no se agota en la ley, pues ésta acusa vacíos y lagunas, con lo cual se impone la necesidad de una libre investigación científica para una correcta aplicación del derecho; con el apoyo de otras disciplinas, el jurista puede encontrar las realidades preexistentes a las normas jurídicas y, con ello, averiguar su teleología[49].

La interpretación de la ley no puede limitarse al texto de la misma, afirma Geny, sino debe orientarse a esclarecer cuál fue el propósito del legislador, pues el sentido de la norma puede averiguarse por la intención del hacedor de la norma y por el conocimiento que se tenga de las circunstancias existentes tanto en la época en que se formuló la ley como en la actual, en la que se pretende aplicar[50]. De modo que, si la norma no parece apropiada para resolver el problema jurídico, el juez debe, según Geny, acudir a otras fuentes suplementarias que, en orden de jerarquía, serían: la costumbre, la tradición de los tribunales, la doctrina y la libre investigación científica[51], en cuyo desarrollo deben tenerse en cuenta el principio de la autonomía de la voluntad, el orden y el interés públicos y el justo equilibrio en la armonización de los intereses privados.

Holmes y el realismo jurídico norteamericano

En el derecho anglosajón, la crítica al formalismo jurisprudencial corrió por cuenta de este movimiento, que no constituye propiamente una escuela. Se identifica a Oliver Wendell Holmes, juez de la Corte Suprema norteamericana

---

[48] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Dimensión política de un poder judicial democrático.* En: *Cuadernos de Derecho Penal,* pp. 15 a 53. (www.pensamientopenal.com.ar/51zaffaroni.pdf)

[49] GENY, op. cit., pp. 230 ss.

[50] Idem.

[51] Se denomina libre porque ella se sustrae a la autoridad de las normas positivas y científica por que aspira, apoyado en las herramientas de la ciencia a bases objetivas y seguras.

entre 1902 y 1932, como su iniciador. Holmes niega que el derecho pueda analizarse como si fuera un conjunto de axiomas matemáticos, pues tanto en su desarrollo como en el proceso de concretización, la sentencia judicial, pueden advertirse razones que exceden el marco de la lógica tradicional y el esquema matemático; a estas razones Holmes las llama razones de buen sentido.

Los estudios de Holmes, influidos por su trabajo como juez y de enorme ascendiente en la Academia y en la Corte, sientan las bases de lo que se conocerá como jurisprudencia sociológica en el mundo anglosajón. Defendió la tesis de que la labor del jurista, del juez y del legislador no puede limitarse a la lógica. El derecho es, sobre todo, un instrumento para la vida social y para la consecución de los fines humanos[52].

Holmes había señalado que entendía por derecho las profecías respecto de lo que harán los tribunales. Ésta será la posición del realismo, corriente para la cual el derecho real es el que dictan los órganos judiciales en cada caso concreto. Y, aún más extremo, una ley por sí sola aún no es derecho; lo será cuando sea interpretada y aplicada por los tribunales.

Entre los más importantes pensadores del realismo jurídico norteamericano también encontramos a Jerome Frank[53] y Karl Llewellyn[54]. Para el primero el derecho será, o bien el efectivo, contenido en una sentencia pasada, o el probable, que no es más que una adivinanza o suposición, de una sentencia futura. Por su parte Llewellyn distinguirá entre las reglas de papel, aquellas formuladas en las leyes y reglamentos, y las reglas efectivas, que son aquellas que construye el juez y sirven de apoyo a las sentencias.

Lo esencial, para el realismo norteamericano, no es lo que el juez dice en la sentencia sino lo que hace en la práctica, lo que decide efectivamente. Las reglas que cita en su sentencia no siempre corresponden con las que efectivamente usa para decidir; el derecho es, por tanto, no lo que dicen las

---

[52] RECASÉNS SICHES, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho.* Tercera edición. México: Porrúa, 1980, pp. 92 ss.
[53] FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre.* Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1968, 141 pp.
[54] LLEWELLYN, Karl N. *Belleza y estilo en el derecho.* Barcelona: Bosch, 1953, 80p.

leyes, ni lo que citan los jueces en sus sentencias sino lo que hacen de hecho los jueces, influenciados por un sinnúmero de factores de todo orden, tanto personales como sociológicos.

Hermann Kantorowicz y la Escuela del Derecho Libre

Kantorowickz (1877-1940) fue uno de los principales impulsores de la Escuela del Derecho Libre. Este autor, crítico mordaz de la jurisprudencia mecánica montesquiana, propende porque el juez, en sintonía con la dinámica social y el sentimiento de justicia ciudadano, busque la justicia de cada caso concreto y no intente deducirla de un sistema escrito previamente[55], que se supone justo y completo pero que rara vez lo es. De acuerdo con esta tendencia, el juez, debe dar a los conflictos una respuesta justa, en la cual puede alentar su creatividad, pues en su función de decir el derecho tendría apenas una responsabilidad social.

Sin embargo, esta solución tiene también graves contratiempos puesto que no puede ignorarse el peligro de que la comunidad quede sometida a la arbitrariedad judicial, a un irracionalismo jurídico, ya que los jueces podrían estar constantemente cambiando de parecer en la medida en que los conceptos "equidad", "justicia" y otros valores con los que tendrían que manejarse este tipo de decisiones, podrían resultar cambiantes, acomodaticios y propios del parecer de cada juez.

Para esta escuela, la sentencia no se construye como aplicación de una norma jurídica previa sino de una tarea creativa. Al surgimiento del conflicto, rara vez el sistema jurídico dispone de una norma que lo resuelva. A los teóricos de la Escuela del Derecho Libre se debe la idea de que el derecho es más un problema práctico que uno teórico. Eugen Ehrlich, abanderado también de esta escuela, se pregunta sí lo que se entiende por lógica jurídica satisface los fines para los cuales se le concibe, en relación con las sentencias, es decir, si en realidad cumple la función de proveer al juez de las normas necesarias para

[55] KANTOROWICZ, Hermann. *La definición del derecho.* Madrid: Revista de Occidente, 1957, 170 pp.

resolver cualquier problema o caso que se le plantee. La respuesta es negativa. Los códigos contienen reglas generales y abstractas, pero éstas no pueden prever todos los supuestos de un litigio, ni existe un sistema lógico que garantice tal cosa. Ante tal realidad, el procedimiento de subsumir los hechos concretos en conceptos genéricos legales será siempre insuficiente e inadecuado, y conduce a una especie de corto circuito entre el juez y la realidad social[56]. Las normas legales establecen criterios para resolver los conflictos de intereses y determinan prioridades de aplicación entre los mismos; pero sólo el juez, en cada caso, puede reconocer si el conflicto del que tiene conocimiento guarda o no parecido con el que abstractamente ha resuelto el legislador.

La propuesta de Kantorowicz no sólo es voluntarista sino antilogicista; la jurisprudencia tradicional hasta entonces había defendido la idea de la plenitud del orden jurídico y la obediencia incondicional del jurista al texto legal. La crítica de Kantorowicz a la lógica jurídica tradicional no tiene que ver con la corrección formal de sus deducciones sino con la escogencia de las premisas. El juez, según Kantorowicz, elige en cada caso el principio que mejor justifique su decisión. Si el texto de una ley es claro y su aplicación no conculca el derecho, el juez debe subordinarse a los dictados del texto legal, pero el juez puede y debe prescindir de la ley si a su juicio ésta no ofrece una solución justa.

TRES JURISTAS DEL PERIODO DE ENTRE GUERRAS

En la Alemania del periodo de entre guerras confluyeron tres grandes juristas, cuyas obras tienen un interés superlativo para este estudio: Hans Kelsen, Karl Schmitt y Rudolf Smend. De los tres, los dos primeros han sido más conocidos en el mundo del Derecho que el tercero, pero su mención y la crítica de su pensamiento resultan indispensables, pues significan el punto de partida de tres escuelas hoy reconocibles, aunque evolucionadas y con influencias recíprocas.

[56] RECASÉNS SICHES, op. cit., p. 48.

Estos tres juristas aportaron grandes dosis de cuanto se entiende por derecho en la actualidad, de tal manera que todas las tendencias acusan influencia en algún punto de alguno de los tres. Pero no se crea que esta sea una historia lineal, sin altibajos, pues los hay y bastante dramáticos, como que los tres tuvieron graves enfrentamientos en defensa de sus teorías, Kelsen fue vituperado en su época y se vio obligado a buscar refugio fuera de Alemania. Rudolf Smend, por su parte, recibió implacables críticas de Kelsen, quien dedicó un libro a fustigar su teoría de la integración, respecto del cual Smend jamás le contestó siquiera un renglón. Carl Schmitt, a su vez, triunfante transitorio en su disputa, de bien poco le sirvió, pues su afiliación al partido nacional socialista y sus defensas ardorosas del nazismo le han granjeado la derrota de la historia, a pesar de sus contribuciones al estudio del derecho constitucional y, en especial, vaya paradoja, de los derechos fundamentales.

Hans Kelsen, la discreción del juez

Kelsen considera que la decisión judicial es simplemente un acto de voluntad del juez. El juez o el tribunal producen una "norma jurídica individual" con "fuerza retroactiva" [57]. Su planteamiento se halla asentado sobre su teoría de un orden jurídico escalonado[58] y sobre su relativismo axiológico.

Ha de recordarse que para el ilustre pensador austriaco, cuando se produce una norma de rango inferior (la sentencia es una de las normas de más bajo rango), al tiempo, quien la produce aplica una norma de rango superior. Así, la Constitución es producto de la aplicación de la norma fundamental, las normas generales (legislación y costumbre) surgen de la aplicación de la Constitución y las normas individuales y concretas (decisiones judiciales y administrativas)[59] surgen de aplicar las normas generales.

También es preciso reiterar que en la *Teoría pura del Derecho* la sentencia presupone el paso de un enunciado general abstracto a un enunciado o norma

[57] KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho.* Traducción del original en alemán de Roberto J. Vernengo. 15a edición. México: Porrúa, 2007, p. 254.
[58] KELSEN, ibídem, p. 126.
[59] KELSEN, op. cit., p. 127.

individual, pero con la advertencia de que hay un grado considerable de indeterminación en la norma superior, o de ambigüedad o de falta de claridad en el lenguaje[60], lo que supone, por consiguiente, cierto grado de discrecionalidad[61] pues la norma superior nunca puede determinar la dirección y el total sentido del acto mediante el cual es aplicada. En consecuencia, para Kelsen, la decisión judicial es siempre un acto subjetivo y discrecional de quien interpreta y aplica el derecho con autoridad y, al hacerlo, crea la norma del caso.

Este relativismo del pensamiento kelseniano implica que existen diversas formas de justicia, incompatibles entre sí; no hay una fórmula única de justicia. En consecuencia, en la medida en que la decisión es un acto de la voluntad y no de razón, la elección de quien interpreta el derecho con autoridad, el juez, nunca puede ser racional sino más bien irracional, pues ella es el resultado de sus preferencias emotivas y de sus intuiciones.

Como se puede ver, Kelsen no es el predicador de las ideas montesquianas. Infortunadamente en la academia colombiana[62], por muchos años y aún hoy, algunos profesores suelen enseñar a Kelsen como tal, lo cual distorsiona su pensamiento y hace que las críticas le atribuyan cosas que jamás dijo. Si bien era un pensador formalista, no lo era tanto como se le suele reprochar. Es claro que para Kelsen el juez crea derecho, lo cual tiene una enorme e innegable repercusión en toda la teoría jurídica de la actualidad.

Como lo ha demostrado Paulson[63], tampoco era partidario Kelsen de una separación absoluta entre el derecho y la moral. Planteaba más bien una vía intermedia, en la cual el derecho, al momento de producirse la norma (incluida la sentencia), incorporaba en ella elementos morales, los que pasaban a ser

[60] KELSEN, op. cit., pp. 128-129.
[61] KELSEN, op. cit., pp. 135-136.

[62] LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Op. cit.
[63] PAULSON, Stanley L. *Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen.* Traducción del alemán de Luis Villar Borda. Nº 17, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, 193 pp.

derecho. “El derecho se asemeja al rey Midas”, decía, convierte en derecho todo cuanto toca[64].

A Kelsen se le reprocha el no haber intuido la pretensión de corrección de la decisión judicial e, incluso de su labor productiva de normas en todos los niveles, lo cual implica una mayor participación de la moral de la que el ilustre jurista reconoce. No percibió tampoco que en la tarea discrecional que le atribuye al juez, siempre habrá valoraciones del funcionario, explícitas o implícitas, de tal suerte que en la motivación siempre se encontrará, aún en los casos en los cuales se equivoque, las razones por las cuales juzga razonable la determinación; no hay irracionalidad, más bien errores.

Para Kelsen la decisión judicial es simplemente un acto de voluntad del juez. Su planteamiento se halla asentado sobre su teoría de un orden jurídico escalonado[65] y sobre su relativismo axiológico.

En el planteamiento de Kelsen la sentencia presupone el paso de un enunciado general abstracto a un enunciado o norma individual, pero con la advertencia de que hay un grado considerable de indeterminación en la norma superior, o de ambigüedad o de falta de claridad en el lenguaje[66], lo que supone, por consiguiente, cierto grado de discrecionalidad[67] pues la norma superior nunca puede determinar la dirección y el total sentido del acto mediante el cual es aplicada.

Carl Schmitt, La Defensa de la Constitución

Este autor, apoyado en la Constitución de Weimar, reconoce las virtudes de la doctrina de la separación de los poderes como un poderoso mecanismo de pesos y contrapesos, esencial en la Constitución de un Estado de Derecho[68]. Reconoce que el derecho no es sólo normas y, en franca referencia a la

[64] KELSEN, op. cit., p. 284.
[65] KELSEN, Hans. Op. cit. p. 126.
[66] KELSEN, op. cit., pp. 128-129.
[67] KELSEN, op. cit., pp. 135-136.
[68] SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución.* Traducción de Francisco Ayala, Reimpresión, México, D.F.: Editora Nacional, 1966, p. 231.

función judicial, señala que el derecho está constituido también por decisiones, camino por el cual no es posible desconocer el ingrediente político implícito en el cumplimiento de la función de juzgar.

Carl Schmitt identifica dos tendencias extremas que combate: el decisionismo, que lo ve personificado en la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y el normativismo, cuya encarnación sería Kelsen. El Tribunal Constitucional de Austria, institución cuyo diseño se atribuye a Kelsen, resulta así blanco ideal de los dardos de Schmitt, dada su doble condición de creador del control judicial de constitucionalidad y de integrante del cuerpo colegiado, pues Kelsen fue magistrado del mismo, mientras duró, de 1921 a 1929. En concepto de Schmitt, una institución así caería fácilmente en el decisionismo, como ocurre con la norteamericana, dice, y rompería con el concepto de la independencia del espacio jurídico frente al espacio político, con lo cual acusa a Kelsen de ser autocontradictorio, pues tal independencia fue predicada por él mismo en su *Teoría Pura del Derecho.*

Según Schmitt: "*los distintos pueblos y razas van acompañados de distintos modos de pensar jurídico, y a la supremacía de uno sobre otro puede vincularse un dominio intelectual y con ello político sobre un pueblo*". En otras palabras, era inevitable la simbiosis entre lo jurídico y lo político y, por tanto, las decisiones de un Tribunal Constitucional estarían haciendo dos peligrosos papeles: "*la judicialización de la política y la politización de la justicia*". El sentido de esta idea es pesimista. Si el control de la constitución es, necesariamente, un control político, concluye en su famoso ensayo contra Kelsen[69], ha de confiarse tal control al gobierno, en Alemania al Führer, naturalmente llamado a tomar decisiones políticas y no a un Tribunal, pues en su sentir, sólo en un "*Estado judicialista que someta la vida política entera al control de los tribunales ordinarios*" puede tener sentido la existencia de un tribunal constitucional.

[69] SCHMITT, Carl. *La defensa de la constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la constitución.* Madrid: Tecnos, 1983, 251 pp.

En realidad, lo que eufemísticamente fue llamado el espíritu de la época pesó mucho en el pensamiento de Schmitt. La comprensión de sus textos, incluidos los anteriores a la toma del poder por los nazis, no puede separarse de su militancia en el partido nacional socialista. Si alguien toma fuera de ese contexto sus estudios en los cuales habla de la bondad de la separación de los poderes, de la inevitable incidencia del pensamiento político en las decisiones de los jueces, de los derechos fundamentales, pues pareciera que está hablando de nuestro tiempo, cuando en realidad su discurso, especialmente en *La defensa de la Constitución* es una diatriba contra los jueces que tengan influencia política distinta a la nacionalsocialista, si se lee entre líneas, pues los jueces nazis, simplemente, siguen el espíritu de su tiempo.

Hacemos nuestra la crítica de Habermas[70], cuando escribe sobre el punto: "*Quien, como en su tiempo C. Schmitt, quisiera convertir en 'protector de la Constitución' al presidente del Reich, es decir, a la cúpula del ejecutivo, en lugar de a un tribunal constitucional, estaría invirtiendo, por tanto, el sentido que la división de poderes tiene en el Estado democrático de derecho, convirtiéndola exactamente en todo lo contrario*".

Rudolf Smend, teoría de la integración del derecho

Smend es, probablemente, uno de los autores más incomprendidos en la teoría del derecho, pues su obra[71] se adelantó demasiado en el tiempo[72]. Hoy, sin embargo, son numerosos los escritores que reconocen influencia de su pensamiento e incluso reclaman ser sus continuadores.

Smend concibe al Estado, y por supuesto al Derecho, como un fenómeno más bien social o cultural, en el que se manifiestan no sólo las normas o los actos reconocidos como propiamente jurídicos, como las leyes, los actos administrativos y las sentencias, sino en el que aparecen todos los elementos

---

[70] HABERMAS, JURGEN. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 2000, p. 314.

[71] SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional.* Traducción de José María Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, 287 pp.

[72] Publicada por primera vez en 1928.

que conforman la vida de una sociedad en particular, lo cual incluye las normas, pero también las expresiones culturales, los símbolos de la nacionalidad, las creencias, los valores, etc.

Smend se enfrentó en varios escritos, no sólo en su obra capital *Constitución y derecho constitucional,* a la escuela positivista cuyos métodos y técnicas de interpretación predominaban en la academia de su época. Influenciado por Heidegger[73], sin duda, formula la ruptura entre *ser* y *deber ser* y la necesidad de identificar la conexión entre la realidad y el Derecho. En ese orden de ideas, como ya Jellinek[74] lo había intuido, más bien tímidamente, existe un Derecho constitucional no escrito, especialmente el principio de lealtad federal, al que, basándose en que era Derecho constitucional no escrito, dotó de fuerza normativa (y hasta hoy el Tribunal Constitucional alemán así lo reconoce, para lo cual remite a la obra de Smend); y también ha tenido esta doctrina su impacto, aunque sea "a ciegas", sobre otras jurisdicciones constitucionales.

El juez[75], como funcionario del Estado que es, tiene una función que va más allá de "*dominar la técnica del recurso procesal, del contrato administrativo, o simplemente, en despachar los expedientes que se le encargan*". Al cumplir su función, estima Smend, los jueces (y en general los funcionarios públicos en la suya), materializan un contenido espiritual específico que influye en ellos. Para ello han sido formados y orientados de tiempo atrás, por todo un movimiento cultural que subyace a las instrucciones que reciben sobre la aplicación de normas. La teoría de la integración que Smend construye ya durante la República de Weimar en su obra *Constitución y Derecho constitucional* está en línea de continuidad con esta otra a la que acabamos de referirnos.

---

[73] No se conocen evidencias de que Smend, como Heidegger y Schmitt, hubiese militado en el nacionalsocialismo. En este sentido, la acusación de Kelsen es infundada. Por lo contrario, Smend se negó a colaborar con el régimen nazi, lo cual limitó sus publicaciones entre 1933 y 1945 a la historia del derecho; en 1935, se vio obligado a renunciar a su cátedra en Berlín y a aceptar una en Göttingen.

[74] JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Prólogo y traducción de Fernando de los Ríos. Segunda reimpresión. México: Fondo de Cultura Económica, 2004, 674 pp.

[75] SMEND, op. cit. pp. 75-76.

Ha sido precisamente con apoyo en la teoría de Smend que el Tribunal Constitucional alemán encontró el camino para evitar que las normas constitucionales fuesen vaciadas de contenido, especialmente en cuanto a derechos fundamentales se refiere, pues en este campo las normas superiores se hallan fundadas en valores que la sociedad reconoce. Numerosas sentencias de dicho Tribunal se hallan enriquecidas por el concepto smendiano, aun cuando no lo citen expresamente, como pasa en el famoso caso Lüth[76]. De otra manera, es decir, con un análisis simplemente formal de las normas constitucionales, derechos tan ambiguos como el libre desarrollo de la personalidad, habrían sido inútilmente puestos en la norma superior. La resonancia que el planteamiento teórico ha tenido en los tribunales constitucionales del mundo, entre ellos el colombiano, es tan notoria, tan abundante y conocida, que no parece necesario documentarla.

La crítica de Kelsen[77] al proyecto de Smend es despiadada e intenta ser demoledora pues presenta la *Teoría de la integración* como un mero palabrerío, que se usa para todo y nada significa. No deja de apreciarse cierto desdén por su impulsador, detalle que probablemente provocó el hecho de que Smend jamás le dedicara ni siquiera un renglón para referirse a las críticas de Kelsen, vertidas por éste en un libro dedicado sólo a ese propósito. El éxito de Smend vio la luz cuando, años más tarde, sus formulaciones fueron adoptadas en gran parte por el Tribunal Constitucional alemán; pero ni siquiera este reconocimiento de Karlsruhe[78] le movió a pronunciarse, que bien tenía derecho a reclamar su triunfo.

Kelsen atribuye a Smend oscuros propósitos políticos detrás del recurso que la teoría usa para explicar todos los fenómenos jurídico-políticos del Estado con la teoría de la integración. El ataque de Kelsen luce vacío, inapropiado y superficial, a pesar de que el celebrado austriaco era un pensador con un

---

[76] BRAGE CAMAZANO, Joaquín. *La doctrina de Smend como punto de inflexión de la hermenéutica y concepción de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales a partir de la segunda posguerra.* Universidad Complutense de Madrid. Publicado en: http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/Comunicacion_J_Brage.pdf

[77] KELSEN, Hans. *El Estado como integración. Una controversia de principio.* Traducción de Juan Antonio García Amado. Madrid: Tecnos, 1997, 147 pp.

[78] La sede del Tribunal Constitucional.

enorme sentido analítico. Pero en este tema, sencillamente puede decirse que no comprendió cuál era el planteamiento de Smend. Ni imaginó que décadas después las ideas de este "docto catedrático" (como le dice con cierta sorna) serían reconocidas como el tronco de una escuela del pensamiento jurídico alemán, cuyos continuadores fueron, tras Smend, autores de renombre, como Hesse[79], y es seguida hoy por pensadores como Müller[80], Häberle[81], Schneider[82] y muchos otros, quienes han perfeccionado las ideas de su maestro y conciben el derecho como un fenómeno cultural.

Herbert Lionel Adolphus Hart y la textura abierta de las reglas

Hacia 1961 H. L. A. Hart (como se le conoce mundialmente) publicó la primera edición de su libro *El concepto de Derecho*, cuyo texto gira en derredor de una idea central que, señala el pensador, constituye una característica inevitable del derecho: su textura abierta[83]. Y el predicado vale tanto si se observa en el modelo del derecho anglosajón (de precedentes) como en el del derecho continental europeo (legislado).

La textura abierta del lenguaje usado en las normas, en realidad, es también una característica general del lenguaje humano, pues una palabra o una locución puede ser usada para referirse a numerosas ideas diferentes y, también, una misma idea o concepto puede ser expresada por medio de muchas palabras disímiles. Si a ello agregamos la ambigüedad, la abstracción y la imprecisión del lenguaje que puede hallarse tanto en la comunicación cotidiana como en las normas, fácil es concluir con Hart que las normas tienen

---

[79] HESSE, Konrad. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001, 900 pp.

[80] MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabajo del Derecho Constitucional.* Madrid: Marcial Ponds, 2006, pp 207 a 209.

[81] HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Estudio introductorio de Diego Valadés. Traducción de Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Autónoma de México, 2001, 340 pp.

[82] SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y Constitución.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 299 pp.

[83] HART, Herbert L. A. *El concepto de Derecho*. Traducción de Genaro R. Carrió. Segunda edición. Reimpresión. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004, 332 pp.

una textura abierta, con lo cual la labor del juez, en la construcción de una sentencia, no es sencilla, en especial en los casos difíciles, por lo que el Derecho ha concedido al juzgador, en tales casos, un poder discrecional para resolver.

Como las normas son de textura abierta, el juez podría deducir de una norma múltiples conclusiones, todas válidas. Por consiguiente, le está dado, para cada caso concreto, extraer de la norma la solución del caso[84], aquella que juzgue más apropiada o justa, teniendo en cuenta que la expresión *justa* tiene también la misma característica de indeterminación que al lenguaje en general se ha señalado.

Neoconstitucionalismo y decisión judicial

La época que sucede a la segunda guerra mundial, que *grosso modo* es la segunda mitad del siglo veinte, se caracteriza, para la historia del derecho, por ser la nueva era de las constituciones, en la cual los principios constitucionales pasaron a ocupar primeros planos en las decisiones judiciales.

El origen de las constituciones modernas se detecta en la historia de la humanidad en época muy anterior a las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII y principios del XIX y se afincó en la necesidad política de poner límites al poder de los soberanos. No otra cosa, pero nada menos, es el significado de los conocidos episodios en los que Juan Sin Tierra (en 1215) y Guillermo de Orange (en 1689) fueron puestos en el trono de Inglaterra (medieval, en el primer caso; en los comienzos de la modernidad, en el segundo) pero con la carga de tener que firmar, el primero, la Carta Magna (*Magna Carta*) y el segundo la Carta de Derechos (*Bill of Rights*), condición sin

[84] "No cabe duda de que los tribunales estructuran sus decisiones para dar la impresión de que ellas son la consecuencia necesaria de reglas predeterminadas cuyo significado es fijo y claro. En casos muy simples esto puede ser así; pero en la amplia mayoría de los casos que se ventilan ante los tribunales, ni las leyes ni los precedentes en los que, según se pretende, están contenidas las reglas, permiten un único resultado. En los casos más importantes hay siempre una elección. El juez tiene que optar entre posibles significados alternativos de las palabras de una ley, o entre interpretaciones discrepantes de qué es lo que "expresa" un precedente. Únicamente la tradición de que los jueces "hallan" y no "crean" el derecho oculta esto, y presenta sus fallos como si fueran deducciones fácilmente hechas a partir de reglas claras preexistentes, sin que intervenga la elección del juez." (Hart, op. cit., pp 14-15).

la cual no habrían contado con el apoyo militar y económico de quienes los erigieron reyes: los nobles, o señores feudales.

Los revolucionarios liberales capitalizaron la idea, principalmente con la expedición de las históricas cartas de derechos: la Carta de Derechos de Virginia (1776), la Carta de Filadelfia (1787), hoy la Constitución Política de los Estados Unidos, la Declaración de los Derechos del Hombre, de París (1789) y las constituciones hispanoamericanas de la primera mitad del siglo XIX. En medio de enfrentamientos bélicos internos, en el caso colombiano, otro tanto hicieron nuestros héroes de la independencia, en una lamentable proliferación de constituciones sucesivas. La Constitución de 1886, surgida de un acto político de Rafael Núñez, entonces presidente de lo que todavía era Estados Unidos de Colombia, aunque no detuvo las guerras domésticas y tuvo numerosas reformas, ha sido la más duradera de las constituciones de nuestra historia.

Pero, en realidad, por razones entendibles para la época, si se mira desde este siglo hacia aquellas calendas, en Colombia y en el mundo, el observador se encuentra con que, a pesar de que las constituciones de entonces consagraban los derechos de los ciudadanos, tales textos no pasaban de ser manifestaciones políticas dedicadas, principalmente, a determinar la organización del Estado, los órganos y procedimientos legislativos, con alusión a los más caros derechos predicados por la revolución, pero carecían de fuerza normativa material inmediata, en tanto sus postulados, respecto de los derechos, se concebían más como unos planteamientos de carácter programático, como el anhelo de un pueblo, como la aspiración política de los partidos, en fin, como un enunciado teórico, lejano de una probable aplicabilidad directa a los conflictos, pues de tales temas se habría de ocupar la ley, ella sí aplicable de manera directa, y cuyo contenido, se presumía, constituía el desarrollo natural de la Constitución, la “respetaba” sin hacerla “actuar” necesariamente[85].

[85] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. Tercera edición. Madrid: Trotta, 1999, p 151.

Que los derechos consagrados por aquellas constituciones decimonónicas y anteriores a éstas eran puramente formales lo revelan detalles que al jurista del siglo XXI no le pasan desapercibidos, como los siguientes: se conservó la esclavitud por décadas, se mantuvo la discriminación en contra de ciertas minorías, como los negros y los indígenas, y se preservó el trato desigual contra las mujeres[86]. En esos momentos de las nacientes repúblicas democráticas, tales hechos pasaban inadvertidos frente a la grandeza de las proclamas revolucionarias liberales: *libertad, igualdad, fraternidad*.

La Constitución por aquellos tiempos parecía necesitar, curiosamente, de cierto apoyo legal para ganar un poco de efectividad. Por lo menos así lo fue en el derecho colombiano de finales del siglo XIX, pues no de otra manera se entiende que el Código Civil y, en general, las normas civiles, fuesen el lazarillo de las normas constitucionales, por entonces. En efecto, el artículo 52 de la Constitución de 1886 ordenaba que en el Código Civil se incorporase, como capítulo preliminar, el Título III de la Constitución. Y una norma legal, no una constitucional, el artículo 5 de la Ley 57 de 1887, se ocupaba de otorgar fuerza normativa superior a las normas constitucionales, cuando rezaba: *"Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla"*

De modo que, sin que ello pareciera extraño, los textos constitucionales se interpretaban con los mismos instrumentos con los que se contaba entonces para la interpretación de los textos legales. Al fin que no era necesario más, si tales textos, a pesar de su condición superior, no tenían aplicación inmediata, sino mediata, a través de la ley, y si los pocos textos de aplicación directa tenían que ver con el funcionamiento del Estado, terreno en el cual la exégesis de la norma ofrecía soluciones satisfactorias y completas, los problemas de hermenéutica de los pasajes constitucionales eran mínimos.

Pero superado el hito de la segunda guerra mundial, que trajo ingentes consecuencias para la humanidad en todos los campos, incluido el derecho,

[86] De la Constitución de los Estados Unidos se dice que siempre ha tenido fuerza normativa, lo cual es una verdad a medias, pues no obstante tal reconocimiento, desde el caso *Madbury vs Madison* (1803), la abolición de la segregación racial sólo aparece en el caso *Brown vs Board of Education* (1954), el derecho al voto de las mujeres fue reconocido hasta 1920 y fue necesaria una enmienda constitucional, la XIX, para lograrlo.

con constituciones como las de posguerra, italiana (1947) y alemana (1949), con el advenimiento de nuevas normas constitucionales en varios países, como la española (1978) y todo el listado de constituciones europeas[87] surge en el mundo jurídico dominado por el derecho continental europeo, una perentoria necesidad política y jurídica: los textos constitucionales han de tener aplicación directa, fuerza normativa por sí mismos, salvo que la propia constitución señale otra cosa, algo que para los norteamericanos ya no tenía discusión. A ese mismo estadio arribó, tardíamente, el derecho colombiano con la Constitución Política de 1991, artículo 85, principalmente, con la advertencia que aún Colombia se mantiene en etapa de adaptación.

Pero, llegados a esta era, que se ha dado en llamar de la posmodernidad, los juristas, y particularmente, los jueces, enfrentaron un problema muy serio al tratar de aplicar las normas constitucionales: los métodos tradicionales usados para la interpretación de textos legales no resultaban apropiados para la interpretación de los constitucionales. En el punto se refiere esta ponencia a los métodos que había construido Savigny y que en el siglo XX fueran decantados y reducidos a tres (exegético, sistemático y teleológico), bajo el entendido según el cual en el primero se hallan comprendidos el gramatical, el lógico y el histórico, como técnicas de la exégesis[88]. Por supuesto que se aplicaron y aún se aplican, pero los resultados no suelen ser satisfactorios siempre.

La incompatibilidad, para usar un lenguaje de la tecnología actual, tiene una explicación obvia: las normas constitucionales, no ahora, sino siempre, no en Colombia sino en todo el mundo, tienen una estructura muy particular: son indeterminadas, con un alto contenido político e ideológico, densas, abstractas, abiertas, en fin, imprecisas, con lo cual las herramientas dispuestas para la intelección de textos legales pronto muestran sus deficiencias frente a estas normas de rango superior. Pedir a los jueces de la actualidad que apliquen a esta suerte de textos los métodos de Savigny, equivale a exigirles el cumplimiento de una misión imposible[89]. Aún en vigencia de la Constitución

[87] Entre los años cincuentas y sesentas hubo más de sesenta constituciones nuevas en el mundo occidental.
[88] GIRALDO ANGEL, Jaime y GIRALDO LÓPEZ, OSWALDO. *Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica*. Novena edición. Bogotá: Profesional, 2007.
[89] MÜLLER, Friedrich. Op. cit. p. 225.

Política de 1886, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, que fuera el tribunal constitucional colombiano durante casi todo el siglo XX, ya había reconocido la imposibilidad de aplicar ciertas reglas de la interpretación legal a la misma tarea en materia constitucional, como, por ejemplo, cuando otorgaba a todas las disposiciones de la Constitución el mismo valor sin atender si la norma se halla en un artículo anterior o posterior.

El escollo obligó a los teóricos del derecho a lanzarse a la búsqueda de nuevas herramientas para entender las normas constitucionales, las que, en efecto, se construyeron por la doctrina, especialmente, y que los tribunales constitucionales pronto adoptaron. Radbruch[90], quizá uno de los primeros pensadores en tratar de remediar el desastre teórico que dejó el nazismo en Alemania, propuso la fórmula según la cual el juez debe abstenerse de aplicar una ley si ésta es "*extremadamente injusta"*. El Tribunal Constitucional alemán ha usado la fórmula Radbruch en varias sentencias.

Recasens Siches[91], filósofo español, exiliado en México, hacia 1956 planteó que el Derecho debía entenderse como la "lógica de lo razonable" y, luego de señalar el descrédito en que ha caído el llamado "*silogismo judicial*" muestra cómo "*es patente que las normas individualizadas en la sentencia judicial … contienen ingredientes que no existen en las normas generales*" … de manera que la función judicial "*tiene siempre y necesariamente dimensiones creadoras*"[92].

Perelman[93], hacia 1976, revivió el estudio de la retórica de Aristóteles y planteó que el derecho es, ante todo, argumentación y que el juez usa, en sus sentencias "*tópicos jurídicos*" que le dan "*mayor libertad en la interpretación de los textos legales*" pero sin conducir a la arbitrariedad, pues esa flexibilización

[90] RADBRUCH, Gustavo. *Arbitrariedad legal y Derecho supralegal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962, 52 pp.

[91] RECASÉNS, op. cit. La primera edición de esta obra es de 1956.

[92] RECASÉNS, op. cit., pp 219 ss.

[93] PERELMAN, op. cit., 249 p.

"*aumenta los medios intelectuales que (sic) el juez dispone para la búsqueda de una solución razonable, aceptable y equitativa*"[94].

Ronald Dworkin y la teoría de la integridad del Derecho

Este pensador no puede dejarse de citar, con su concepción de lo que ha de ser la decisión judicial y su teoría de la integridad del derecho, en el relato de la teoría jurídica de la segunda mitad del siglo veinte. Discípulo de Hart, sin embargo, Dworkin se convirtió en un duro crítico de su maestro. Rechaza la tesis de la discreción judicial, propugnada por Kelsen y Hart y construye una teoría general del Derecho en la que tienen cabida el razonamiento moral, el filosófico, el político, que reconoce la existencia de derechos individuales, sin los cuales no existiría el Derecho. Señala que la tarea del juez consiste en descubrir la única respuesta en cada caso particular, para lo cual no tiene un poder discrecional sino la posibilidad de acudir a los principios, con los cuales puede construir esa exclusiva solución.

Ronald Dworkin percibe dos modelos de juez, Hermes y Hércules[95]. El primero es el juez que se afana por buscar en las leyes las soluciones a los conflictos que debe dirimir. Tiene la sabiduría para encontrar en ellas una salida, siempre, aun cuando la misma norma no la contenga de modo explícito. Es su interpretación del planteamiento de Hart. Hércules es el héroe, que puede resolver, con ayuda de los principios, todo tipo de conflictos que se sometan a su composición, pues tiene la virtud de encontrar la única respuesta correcta en ellos, si el caso es difícil, es decir, si el ordenamiento no fija una respuesta clara en una regla de todo o nada.

Theodor Viehweg y el redescubrimiento de la tópica

Viehweg publicó *Tópica y Jurisprudencia* hacia 1953. Dicha obra reivindica el modo de pensar tópico, como instrumento de la práctica judicial y constituye

---

[94] PERELMAN, op. cit., p. 129.

[95] DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la justicia*. Traducción de Claudia Ferrari. Barcelona: Gedisa, 1992, 328 pp.; DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. 5ª. Traducción de Martha Guastavino. Reimpresión. Barcelona: Ariel, 2002, 508 pp.

una fuerte crítica a los sistemas imperantes hasta ese momento en el manejo del Derecho. Por ello se le reconoce el mérito de haber replanteado el problema del método jurídico al oponer la tópica a la lógica[96]. La jurisprudencia, para Viehweg, no es una disciplina sistematizable, más bien es una disciplina orientada a resolver problemas en concreto, cuya aporía fundamental es la cuestión de lo justo, aquí y ahora[97].

Viehweg muestra, como más atrás habíamos reseñado de este autor, que tanto la jurisprudencia romana como la medieval fueron esencialmente tópicas. El *Ius Civile* era una colección de tópicos, y no un código, concepto éste de la época moderna, en la que se abandona la tópica y se sustituye por el método axiomático deductivo, en lo cual los civilistas del siglo XIX tuvieron enorme influencia en el intento de hacer del derecho una ciencia exacta, bajo un sistema de axiomas previamente determinado y del cual supuestamente se deducen todas las reglas. Viehweg combatió ese pensamiento y aboga por el regreso a la tópica, pero bajo lineamientos actuales.

Robert Alexy y el positivismo axiológico

El texto de la norma es, en el decir de Alexy, el "*enunciado normativo*"[98]; pero de dicho texto pueden surgir una, dos, tres, o muchas normas "adscritas"[99], todas contenidas en la norma estatuida, debido a su mayor o menor grado de indeterminación (N1, N2, N3, etc.). De manera que la decisión del juez no emana lógicamente de las normas establecidas, ni puede fundamentarse en un sistema de enunciados ni puede lograrse simplemente con la aplicación de cánones de la interpretación. El juez, en su decisión, elige y tal elección supone un acto de valoración.

Ahora bien, el que la jurisprudencia admita valoraciones no lleva a concluir que la decisión se halla sujeta por entero a la subjetividad del juez, ya que es

---

[96] GARCÍA AMADO, Juan Antonio. "*Tópica, derecho y método jurídico*", En: Revista Doxa Nº 4, en 1987, p. 161.

[97] VIEHWEG, op. cit., p. 129.

[98] ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tercera reimpresión. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 51.

[99] ALEXY. Ib.

posible objetivar tales valoraciones. Alexy identifica tres vías para lograr tal objetivación. La primera, el juez puede apoyarse en las convicciones y consensos de la comunidad o en las normas socialmente eficaces[100]. En segundo lugar, el juez puede apoyarse en valoraciones ya elaboradas en el material jurídico existente[101]. Y, en tercer lugar, puede remitirse a un orden valorativo suprapositivo. Pero cualquiera de los tres métodos se apoya en premisas filosóficas discutibles[102].

Entonces, propone Alexy, la teoría del discurso racional como procedimiento para fundamentar racionalmente enunciados normativos y valorativos[103]. La jurisprudencia enfrenta problemas prácticos y presupone, necesariamente, una pretensión de corrección. Según Alexy, toda decisión judicial pretende ser una aplicación correcta del derecho.

El modelo del discurso racional que propone Alexy para comprender la decisión judicial supone una situación de diálogo ideal, bajo los principios de libertad e igualdad, en la que el objetivo es convencer y no manipular a la otra parte y en la que los participantes tienen un acuerdo previo acerca de las reglas básicas que facilitan el desarrollo de la discusión dentro de un marco de racionalidad. Es bastante evidente la influencia de Habermas en Alexy. El modelo del discurso racional, por supuesto, no es un modelo real sino ideal, y no presupone que los hombres actúen siempre de manera racional. Con fundamento en esa teoría, Alexy formula un sistema de reglas que permita establecer las condiciones de racionalidad del proceso discursivo judicial, con las cuales será posible discutir problemas prácticos jurídicos, en el marco de una teoría de la argumentación racional.

Friedrich Müller y los métodos de trabajo del derecho constitucional actual

[100] ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica.* Centro de estudios constitucionales, traducción de Manuel ATIENZA e Isabel Espejo, Madrid, 1997. p. 31.

[101] ALEXY, op. cit., p. 32.
[102] ALEXY, op. cit., p. 32.
[103] ALEXY, op. cit., p. 39

Es éste un autor muy poco conocido en el derecho latinoamericano, pero uno de los grandes del derecho alemán de finales del siglo XX, formado en la línea de pensamiento de Rudolf Smend. Este autor, con un lenguaje distinto y una concepción distinta, señala que no es lo mismo texto que norma[104]. Así, interpretar deja de entenderse como la tarea de averiguar el sentido y el alcance de un texto, para entender que, hoy, interpretar una norma es atribuirle sentido en el contexto de la realidad normada[105].

En la tarea de solucionar un conflicto, Müller ve posible aún que el juez acuda con provecho a los métodos savignianos, pero señala cómo, en muchos casos, el exigir al juez tal tarea puede catalogarse como una misión imposible[106]. Müller alcanza un punto de alta definición, con su concepto de norma, en desarrollo de su Teoría Estructurante del Derecho, pues afirma que toda norma comprende dos elementos, el *ámbito normativo* y el *programa normativo*[107], referido el primero a la realidad, punto en el que necesariamente se tropieza con los valores y principios que la sociedad ha construido, en la cual se inserta el texto de la norma, que es el programa normativo. Éste no puede entenderse desprendido de aquél, que es la realidad en la que se halla inmerso.

El juez, que ha pasado también a ser órgano generador de normas particulares y generales (por la vía de la regla del precedente), invoca con frecuencia la realidad como uno de los factores determinantes de la producción preceptiva que el acto de juzgar significa, con lo cual dicha realidad hace parte del ámbito normativo que sirve de soporte a su determinación[108]. Para demostrar sus asertos, Müller cita numerosas sentencias del Tribunal constitucional alemán, en las que observa cómo ha evolucionado el pensamiento de dicha Corte y cómo ha reconocido la insuficiencia de los métodos tradicionales para interpretar la Constitución.

---

[104] MÜLLER, op. cit, p. 235.

[105] AFLEN DA SILVA, Kelly Susane. *Hermenéutica Jurídica y Concreción Judicial.* Traducción de Humberto Orduz Maldonado. Bogotá: Temis, 2006. P. 105.

[106] MÜLLER, op. cit., p. 225.

[107] MÜLLER, op. cit., p. 235.

[108] MÜLLER, Friedrich. 1970. *Tesis Acerca de la Estructura de la Norma Jurídica.* Traducción Luis Villacorta Mancebo. In: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 9, Núm 27, septiembre-diciembre 1989.

Francois Ost y la interdisciplinariedad del derecho

Este pensador francés de nuestro tiempo[109], por su parte, encuentra que hay tres modelos de jueces: Júpiter, Hércules y Hermes[110]. Mientras el primero concibe un ordenamiento jurídico jerarquizado, en forma piramidal, rígido, creado por alguna deidad infalible, Hércules es el otro extremo de la deidad, humano por excelencia, pero semidiós, capaz de sostener en sus hombros todo el ordenamiento y resolver todos los litigios. Y Hermes es el mensajero de los dioses, el mediador universal, el gran comunicador, tiene las condiciones necesarias para identificar las redes normativas y su conexión con el conocimiento en todas las áreas, para encontrar soluciones a los conflictos, que sean aceptables para la comunidad a la que pertenece.

Conclusiones

Los jueces de la actualidad se hallan enfrentados a una multiplicidad de fuentes, tal, que no pocas veces se percibe una sensación de caos: enunciados normativos de los más diversos orígenes, como normas constitucionales, bloque de constitucionalidad, normas legales de diversas categorías, actos administrativos generales y particulares, actos administrativos de vigencia regional, acuerdos gremiales autoreferenciales, reglamentos particulares, sentencias, negocios jurídicos, etc., pero junto con todo ello, doctrina, jurisprudencia, directrices, políticas, principios y valores.

Pero no se trata de un retorno al Medievo, si bien la función judicial hoy se cumple bajo esa polifonía, también ocurre bajo la premisa de la constitucionalización del Derecho y la mira puesta en la dignidad humana, el derecho a la vida y los derechos fundamentales.

---

[109] OST, Francois y Michel van de Kerchove. *Elementos para una teoría crítica del Derecho.* Traducción de Pedro Lamas. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001, 399 pp.

[110] OST, Francois. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez.* En: Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho, ISSN 0214-8676, Nº 14, 1993, pags. 169-194.

En el mundo entero, los jueces y tribunales usan hoy principios tales como el de proporcionalidad, con sus test de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, o principio de ponderación, el principio de la fuerza normativa de la constitución, el principio de la unidad de la constitución, el test de igualdad, el test de razonabilidad, y otros, cuya explicación no es el propósito de este trabajo.

Y aunque pareciera que los jueces del siglo XIX usan tales principios sólo en los conflictos constitucionales, cada vez está más claro que han de tener aplicación en todo tipo de conflictos, de derecho privado, de derecho laboral, administrativo, de familia, juicios penales, etc. El juez de hoy se encuentra con que las normas comunes se hallan bajo el influjo directo de las normas constitucionales. Y, por ese camino, ocurre que las normas legales, llevadas al ámbito normativo actual, también resultan, como las constitucionales, altamente indeterminadas, abstractas, abiertas, con contenidos políticos, filosóficos, con su carga ideológica, etc. La característica que se suele atribuir a las reglas legales, de ser simplemente reglas que se aplican o no se aplican (todo o nada), al contrario de los principios, respecto de los que se ha de buscar la más plausible optimización, realmente no tiene unos límites absolutos.

Entonces, si las normas (no simplemente los textos) constitucionales han irradiado a las normas legales, como dice el Tribunal Constitucional alemán[111], dada la superioridad jerárquica de aquéllas, no hay manera de evitar que ahora las normas legales exijan nuevos métodos, técnicas y reglas de interpretación, encaminados, más que a la intelección del texto, a la concreción de la norma adscrita y a la definición de la norma individual que soluciona el caso concreto, siempre en busca de materializar los fines del Estado constitucional.

En consecuencia, los jueces de hoy se enfrentan a normas legales que tienen una mayor indeterminación de la que ya de sus simples textos se deducía, pues las normas constitucionales las han impregnado de tal característica. Y, en ese orden de ideas, los viejos métodos de interpretación de la ley, si bien pueden guardar alguna utilidad en relación con normas de sentido unívoco,

[111] HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Cívitas, 1995. 88 pp.

como las relacionadas con formalidades, términos, cantidades, etc., también resultan insuficientes como herramientas para la interpretación de las normas legales. Y, entonces, los instrumentos que los teóricos de la argumentación han descubierto para la interpretación de la Constitución Política han venido ganando terreno y lo seguirán haciendo, pues con mayor frecuencia habrá que hacerlos operar frente a las viejas normas, las cuales, a medida que más se alejan de la época en la cual fueron creadas, más indeterminadas se hacen.

El llamado neoconstitucionalismo ha avanzado espacios en los sistemas jurídicos del mundo occidental y se ha instalado para siempre. Una de sus conquistas es la de pregonar una técnica hermenéutica particular de la Constitución Política, distinta de los métodos tradicionales para la interpretación de las normas legales. Pero hay que reconocer que si la Constitución Política irradia a todo el sistema jurídico, ello necesariamente transforma también la interpretación de la ley, pues en ella también se van a encontrar normas indeterminadas y, en consecuencia, el intérprete, en particular el juez, debe echar mano de las técnicas de interpretación constitucional para interpretar la ley. Es ese el sentido auténtico de la llamada constitucionalización del derecho común.

Tal es la tendencia actual, que se puede detectar *in crescendo* después de la Segunda Guerra Mundial. De suerte que cada vez será mayor la invocación de principios generales del derecho que ningún texto formula, dentro del proceso judicial, y el reconocimiento de los mismos por parte de los jueces y altas cortes[112].

Igualmente, a medida que en los sistemas jurídicos se afiance la convicción de que el juez crea la norma que define el caso, dicha tarea se ejecutará con apoyo de las normas, de los principios, pero también de los valores de la comunidad y de todo un bagaje de conocimientos que el juez necesariamente lleva consigo e influyen su decisión.

[112] PERELMAN, op. cit., p. 100 y ss.